

Tilburg University

De faillissementspauliana

van Dijck, G.

Published in:
Juvat-Bulletin

Publication date:
2007

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
van Dijck, G. (2007). De faillissementspauliana: revisie van een relict. *Juvat-Bulletin*, 14(1), 6-10.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

(Deze bijdrage is als artikel verschenen in *Juvat Bulletin* 2007/1, p. 6-10.)

G. van Dijck, *De faillissementspauliana: revisie van een relict* (dissertatie Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006.

Gijs van Dijck promoveerde op 1 december 2006 aan de Universiteit van Tilburg op een proefschrift, getiteld 'De faillissementspauliana: revisie van een relict' (Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006). Promotoren waren prof.mr. J.B.M. Vranken, prof.mr. R.D. Vriesendorp en prof.mr C.E.C. Jansen. Thans is Van Dijck als universitair docent privaatrecht verbonden aan de Universiteit van Tilburg.

1. Inleiding

Uit de literatuur kan worden opgemaakt dat de faillissementspauliana niet altijd een goed onderscheid maakt tussen wat geoorloofd is en wat ongeoorloofd. Een grondige analyse van de problematiek heeft nooit plaatsgevonden. Daarom brengt het onderzoek eerst in kaart welke bezwaren zich in de literatuur hebben geopenbaard en, aan de hand van empirisch onderzoek, welke problemen zich in welke mate volgens curatoren voordoen in de praktijk. Verder richt het onderzoek zich op de relatie tussen de gevonden knelpunten en belangrijke ontwikkelingen in het Nederlandse vermogensrecht. De faillissementspauliana is ruim 100 jaar oud en het vermogensrecht heeft zich sindsdien sterk ontwikkeld. Zijn de gesignaleerde knelpunten grotendeels te relateren aan deze ontwikkelingen, en zo ja, wat er gebeurt als de faillissementspauliana wél in lijn wordt gebracht met deze ontwikkelingen?

2. Hypothese en onderzoeksvraag

De hypothese die is getoetst, is de veronderstelling dat een belangrijk deel van de bezwaren die in de Nederlandse faillissementsrechtelijke literatuur tegen de bestaande, ruim honderd jaar oude faillissementspauliana zijn aangevoerd, zijn oorzaak vindt in, en dus te relateren is aan, belangrijke ontwikkelingen in het Nederlandse vermogensrecht. Deze hypothese dient als opstap naar de vraag die in deze studie centraal staat: *kan op basis van ontwikkelingen in het Nederlandse vermogensrecht een alternatief instrument worden ontwikkeld dat een belangrijk deel van de bezwaren tegen de bestaande faillissementspauliana wegneemt, en zo ja, welke mogelijk nieuwe kritiek genereert dit instrument?*

3. Methodisch vernieuwend onderzoek

Het onderzoek is zowel methodisch als inhoudelijk vernieuwend. Methodisch vernieuwend is het vanwege de gekozen aanpak. In juridisch onderzoek is het gebruikelijk dat in de literatuur een aantal problemen wordt genoemd of men dat men deze zelf bedenkt. Wat meestal niet wordt onderzocht, is in hoeverre problemen of bezwaren representatief zijn: in hoeverre worden de bedachte en gesignaleerde problemen of bezwaren. Ook voor de problemen met de faillissementspauliana is niet eerder onderzocht welke problemen zich in welke mate voordoen. Getracht is dit met empirisch onderzoek, meer in het bijzonder met een enquête en expertmeetings, in kaart te brengen.

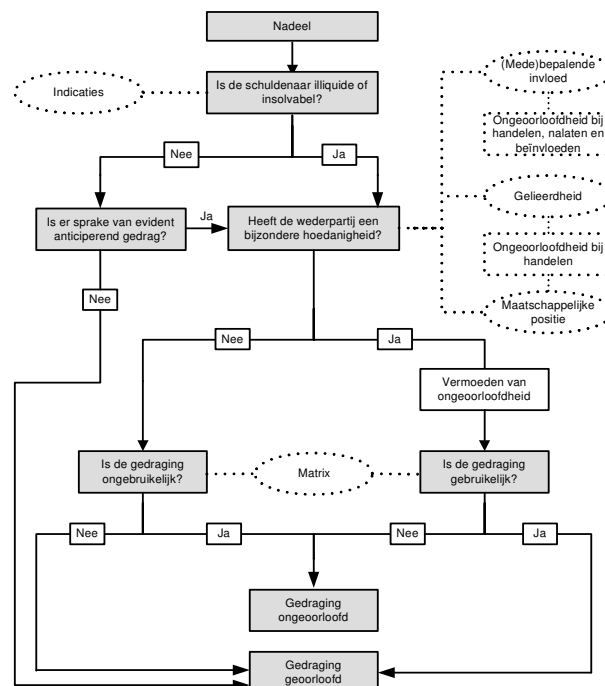
Empirisch onderzoek leidt tot het kunnen stellen van een goede diagnose. Behalve dat met het onderzoek inzicht kan worden gekregen in de aard en omvang van de problematiek, brengt het in kaart of er problemen zijn die niet in de literatuur aan de orde

komen maar zich wél in de praktijk voordoen. Empirisch onderzoek voorkomt voorts dat oplossingen worden bedacht voor ‘spookproblemen’, anders gezegd, problemen die zich niet of in beperkte mate voordoen.

Methodisch vernieuwend is ook het gebruik van een hypothese. In dit geval is de veronderstelling dat een belangrijk deel van de bezwaren die in de Nederlandse faillissementsrechtelijke literatuur tegen de bestaande, ruim honderd jaar oude faillissementspauliana zijn aangevoerd, zijn oorzaak vindt in, en dus te relateren is aan, belangrijke ontwikkelingen in het Nederlandse vermogensrecht. Met het gebruik van een hypothese bereik je, althans je zou ermee moeten bereiken, dat de discussie niet gaat over voorgestelde oplossing, maar over of de hypothese en (daarmee) de gekozen aanpak al dan niet juist is.

4. Inhoudelijk vernieuwend onderzoek

Ook inhoudelijk is het onderzoek vernieuwend. Na het inventariseren van de problemen is op zoek gegaan naar een alternatief instrument dat de gevonden bezwaren moet wegnemen en de bestaande faillissementspauliana zou kunnen vervangen. Daartoe is aan de hand van de hiervoor beschreven ontwikkelingen een aantal uitgangspunten opgesteld waaraan een nieuw, alternatief instrument zou moeten voldoen. Aan de hand van internationale studies en de bestudering van het Duitse en Engelse recht is getracht invulling te geven aan dit alternatieve instrument. Concreet levert deze analyse op dat de volgende gezichtspunten geschikt zijn om invulling te geven aan het alternatieve instrument: de financiële toestand van de schuldenaar, de hoedanigheid van partijen, het onderscheid verplicht-onverplicht en de gebruikelijkheid (of normaliteit). Deze gezichtspunten worden verder geconcretiseerd, waarna het mogelijk blijkt om er een rangorde (of hiërarchie) in aan te brengen. Die komt tot uitdrukking in het volgende stappenplan:



De gebruikelijkheid valt uiteen in drie factoren. De mate waarin deze moeten worden meegewogen, is afhankelijk van de hoedanigheid van de wederpartij en dus niet in iedere situatie gelijk. Deze differentiatie komt in de volgende matrix tot uitdrukking, waar ook in het stappenplan naar wordt verwezen.

<div> <div>Hoedanigheid</div> <div>Factoren gebruikelijkheid</div> </div>	(Mede) bepalende invloed	Gelieerdheid	Maatschappelijke positie	Wederpartij zonder bijzondere hoedanigheid
Kans op gedraging bij wegdenken mogelijkheid faillissement - Aard van de gedraging - Verplicht-onverplicht	+	+	+	++
Omvang nadeel	++	++	++	+
Rechtvaardiging - 'Eigen' voordeel - Adequaate monitoren	+++	-	-	-

Daarbij geldt dat hoe meer plussen er bij een factor staan, hoe belangrijker die factor is ten opzichte van andere factoren. Een minteken betekent dat de betreffende factor niet bij de beoordeling dient te worden betrokken.

Voor gesecureerde kredietverschaffers (met name banken) geldt dat deze in faillissement laten zien of danwel hoe deze hebben gemonitord. Zij zouden inzicht dienen te geven in de keuzen die zij hebben gemaakt en de redenen die daarvoor bestonden, waarmee zij hun zekerheidspositie (voorlopig) hebben gerechtvaardigd. Op basis van de aangeleverde informatie kan de curator overwegen om de zekerheden te erkennen of te vorderen dat de kredietverschaffer zich slechts op een deel van de zekerheden mag beroepen.

De toepassing van de ontwikkelde criteria heeft tot gevolg dat criteria van een aantal andere instrumenten overbodig worden. Dit geldt concreet voor criteria van rechtsfiguren als bestuurdersaansprakelijkheid wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur, de aansprakelijkheid wegens selectieve betaling, de doorbraak van aansprakelijkheid en de verrekening vóór faillissement. De criteria die bij die rechtsfiguren worden gebruikt om de (on)geoorloofdheid te beoordelen, kunnen worden ingepast in het alternatieve instrument. Dit leidt tot een belangwekkende en vernieuwende conclusie, te weten dat het relateren van de faillissementspauliana aan belangrijke ontwikkelingen die in het Nederlandse vermogensrecht hebben plaatsgevonden tot het inzicht leidt dat een aantal belangrijke insolventierechtelijke rechtsfiguren zoveel samenhang vertonen dat ze zouden kunnen worden gebundeld in één instrument.

Om het alternatieve instrument te complementeren, is onderzocht wat de rechtsgevolgen van een succesvolle toepassing van de criteria dienen te zijn. Daarbij, zo luidt de conclusie, heeft als hoofdregel te gelden dat gedragingen zoveel mogelijk als geldig moeten worden beschouwd en dat het rechtsgevolg niet verder dient te reiken dan met het oog op het geschonden belang noodzakelijk is. Deze gedachte sluit aan bij het terugdringen van nietig- en vernietigbaarheden, maar brengt mee dat de rechtsgevolgen niet eenduidig zijn. Meestal zal het rechtsgevolg schadevergoeding volstaan, maar het kan ook

voorkomen dat, om het nadeel op te heffen, de wederpartij zaken moet overdragen of geen aanspraak mag maken op zijn zekerheidsstelling. Dit moet per geval worden bezien, wat overigens aansluit bij de wens van curatoren om te kunnen kiezen tussen restitutie en schadevergoeding.

Aan het slot van het proefschrift wordt bekeken welke bezwaren het alternatieve instrument wegneemt en welke nieuwe kritiek het oproept. Wat opvalt aan het alternatieve instrument, is dat het voor curatoren, in vergelijking met de bestaande faillissementspauliana, eenvoudiger is om gedragingen aan te tasten die benadelend zijn voor schuldeisers, mede ook omdat van wederpartijen meer en vaker wordt gevergd dat zij hun gedrag verantwoorden. Dit draagt bij aan de effectiviteit van het alternatieve instrument ten opzichte van de bestaande faillissementspauliana, omdat tijd en kosten worden voorkomen, waarmee andere knelpunten zoals de 'lege boedel'-problematiek (de curator kan geen actie ondernemen omdat de boedel daartoe te weinig middelen biedt) naar verwachting zullen afnemen. De conclusie is verder dat mag worden verwacht dat de meeste bezwaren niet terugkeren bij de toepassing van het ontwikkelde alternatieve instrument.

5. Eindconclusie

De eindconclusie is dat de hypothese is bevestigd: een belangrijk deel van de bezwaren die in de Nederlandse faillissementsrechtelijke literatuur tegen de bestaande faillissementspauliana zijn aangevoerd, vindt zijn oorzaak in, en is dus te relateren aan, belangrijke ontwikkelingen in het Nederlandse vermogensrecht. Ook de centrale vraag kan bevestigend worden beantwoord: er kan op basis van ontwikkelingen in het Nederlandse vermogensrecht een alternatief instrument worden ontwikkeld dat een belangrijk deel van de bestaande bezwaren tegen de faillissementspauliana wegneemt. De verwachting is voorts dat het alternatieve instrument relatief weinig nieuwe kritiek genereert, in ieder geval onvoldoende om op voorhand te concluderen dat het geen goed idee is om de faillissementspauliana te laten aansluiten bij ontwikkelingen in het Nederlandse vermogensrecht.

Deze conclusie kan aanleiding zijn voor verder onderzoek. Daarin kan de problematiek vanuit een andere invalshoek worden benaderd, de nieuwe kritiek nader worden geanalyseerd en mogelijk ook worden opgelost. Daarmee kan het alternatieve instrument verder worden ontwikkeld. Wie pakt de handschoen op?